

A DISCRICIONARIEDADE NOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

VIVIANE DUARTE COUTO DE CRISTO

Mestranda em Direito no Unicuritiba.

ANNE CAROLINE WENDLER

Mestranda em Direito no Unicuritiba.

ANI CRISTINA BARIQUELLO

Mestranda em Direito no Unicuritiba.

OBJETIVOS DO TRABALHO

O direito administrativo brasileiro tem se modernizado no sentido de não mais buscar apenas o sancionamento de condutas ilícitas, mas também proporcionar ao infrator a opção de firmar acordos substitutivos da sanção administrativa que lhe seria aplicável, em havendo previsão legal.

O recorte metodológico deste estudo se dá com a avaliação dos aspectos e limites de discricionariedade que a Administração Pública possui quando atua consensualmente na substituição da sanção pelo acordo com o particular, cuja pertinência decorre da atualidade do tema e por visar a segurança jurídica aos envolvidos no processo.

METODOLOGIA UTILIZADA

Será aplicado o método dedutivo e dialético, com a pesquisa e revisão bibliográfica, com a análise de pontos de vista divergentes e complementares, sobre os principais temas: consensualidade na administração pública, acordos substitutivos, discricionariedade e segurança jurídica. Tal método possibilitará a avaliação dos

posicionamentos doutrinários afunilando no sentido de responder aos questionamentos formulados neste estudo.

REVISÃO DE LITERATURA

Com a inclusão do princípio da eficiência entre os pilares da atuação da Administração (art. 37 da CF-88) o Poder Público se volta a instrumentalizar a busca do desenvolvimento sócio-econômico estatal¹.

Com isso, identifica-se a possibilidade de realização de acordo pelo Poder Público, com a substituição da sanção em caso de infração administrativa².

Cabe asseverar que não se pode mais justificar a ampliação demasiada do rol de infrações, com o que o Estado estaria prejudicado pela impotência em realizar o efetivo controle, perdendo gradativamente a credibilidade sancionatória, assim como ensejaria prejuízo aos administrados em difícil situação de conhecer e cumprir todos os regramentos impostos³.

Por certo que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade,⁴ assim como o comando constitucional, são balizadores dos limites sancionatórios.

A aplicação obrigatória da sanção pelo Poder Público, passa a ser relativizada, com a possibilidade de consensualidade e realização de acordo com o

¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 25.

² Especificamente sobre a infração administrativa pode ser assim conceituada em seu aspecto formal: "o comportamento voluntário, violador da norma de conduta que contempla, que enseja a aplicação, no exercício da função administrativa, de uma direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo". (FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63).

³ PRATES, Marcelo Madureira. **Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 50.

⁴ Para Bertoncini e Martins "Muitos podem chegar a criticar a razoabilidade e a proporcionalidade como diretrizes interpretativas, pois quebrariam o equilíbrio entre os Poderes, diminuindo a força do Poder Legislativo e majorando a do Judiciário. Isso não procede pois tais princípios, em verdade, servem para fortalecer o legislador, afinal, tendo em vista que vivemos em uma sociedade complexa e em constante transformação, tarefa impraticável seria a de "catalogar" todas as possíveis situações concretas e suas respectivas (e proporcionais) soluções. Desse modo, sempre se faz necessária a experiência do julgador, que deverá analisar não somente os elementos objetivos do caso, mas também, e principalmente, os seus elementos subjetivos, pessoais, próprios". (BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MARTINS, Grasielle Borges. A adequada aplicação das sanções por ato de improbidade administrativa como forma de preservação de direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, Curitiba, n. 25, Temática n. 9, p. 153-183, 2010, p. 170).

infrator, até porque não existe apenas um interesse público, e por isso a sanção não é o único remédio a atingí-lo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, quando verificada a infração administrativa a sanção deve ser aplicada pela autoridade, isso se traduz como um dever e não uma alternativa discricionária⁵.

Muito embora a aplicação da sanção em decorrência do cometimento de ilícito, além de poder, trata-se de dever do Estado, a lei também pode trazer possibilidade de alternativas à sanção, tendência que se verifica no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido Daniel Ferreira (2009, p. 333) explicita que "Recebida a notícia de ilícito administrativo, deve-ser a sua investigação. E em caso de comprovação, deve-ser a imposição da correspondente sanção administrativa - salvo se a **lei permitir** ou **determinar** em contrário".

A consensualidade na atuação administrativa se revela cada vez mais presente, seja através de previsões legais expressas e específicas, ou mesmo através da disposição do novo Código de Processo Civil⁶ que favorece a consensualidade na Administração Pública.

Diante da possibilidade de acordo com a substituição da sanção, o infrator poderá exigí-lo ou estará diante da decisão administrativa discricionária? E em que medida?

Sobre discricionariedade Maria Sylvia Di Pietro explicita que:

o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal e qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.⁷

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 882.

⁶ "Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta".

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 252.

Para Juliana Bonacorsi de Palma “a celebração de acordo substitutivo encontra-se envolta na discricionariedade administrativa, o que implica afirmar que a atuação imperativa ou consensual são opções colocadas à disposição da Administração Pública, para escolha dentro da margem de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico”.⁸ A autora, diferentemente do pensamento de Di Pietro pelo menos no aspecto geral da discricionariedade administrativa, entende que não há direito subjetivo do administrado, mesmo quando preenchidos requisitos para a celebração do acordo, especificando que:

A celebração do acordo substitutivo depende do consentimento de ambas as partes, pública e privada, imprescindível para marcar a bilateralidade que caracteriza o ato consensual. Não há que se afirmar, portanto, um direito à celebração de acordo administrativo ao particular com a apresentação de proposta pela Administração Pública ou pelo próprio particular. O mesmo direito à atuação administrativa consensual também não pode ser pleiteado pelo particular invocando precedente de mesma natureza em que tenha sido firmado o pacto ou comportamento consolidado⁹.

Em posição contrária à esposada por de Palma, Maurício Zockun, ao tratar da discricionariedade no acordo de leniência, entende que há vinculação da Administração aos requisitos legais, o que, a seu ver, se mostra suficiente para que o infrator exija a sua formalização quando atendê-los:

De toda sorte, atendidos estes requisitos, estarão reunidas as condições necessárias à celebração do acordo de leniência, viabilizando a concretização do interesse público preconizado pela Lei Anticorrupção pela identificação do ilícito e/ou seus agentes, interrupção da prática ilícita e efetiva concretização de programa de integridade. Assim, a Administração não goza de margem de liberdade para celebrar ou não o acordo de leniência uma vez constatada a ocorrência dos pressupostos necessários à sua formação. Isso porque a ordem jurídica elegeu este ato negocial como o meio mais adequado para tutela do interesse público, tanto mais porque sua formação também poderá se aperfeiçoar no transcurso de uma ação judicial que tenha por objeto os noticiados ilícitos.¹⁰

⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 285.

⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 285.

¹⁰ ZOCKUN, Maurício. Vinculação e Discricionariedade no Acordo de Leniência. **Revista Colunistas Direito do Estado**, n. 142. 14 abr. 2016. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Mauricio-Zockun/vinculacao-e-discricionariedade-no-acordo-de-leniencia>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

Mais adiante Zockun exprime que se trata de um direito subjetivo do infrator a celebração do acordo quando realizar todas as condições impostas pela lei. E diante do princípio da legalidade, além dos direitos e garantias constitucionais de isonomia e da segurança jurídica, o posicionamento mais adequado parece este, e caso haja recusa do ente público, o prejudicado poderá manejar ação judicial visando firmar a composição.

RESULTADOS OBTIDOS OU ESPERADOS

Analizando os estudos realizados é possível identificar que os objetivos da pesquisa são pertinentes, uma vez que há um debate doutrinário sobre a consensualidade na Administração Pública, bem como em relação à discricionariedade, no aspecto geral e mui especialmente quando confrontada ao poder-dever sancionador e à possibilidade de realização de acordo.

A possibilidade do particular em exigir da Administração Pública a substituição da sanção pelo acordo, como direito subjetivo, se mostra de certa forma consistente dentro do estudo realizado, o que, por óbvio pode ser muito mais aprofundado e verticalizado, muito embora tenha-se aberto à posição contrária para uma abordagem dialética.

TÓPICOS CONCLUSIVOS

Pelo que restou evidenciado pelo estudo proposto e realizado até então, a Administração Pública poderá firmar acordo para substituição de sanção administrativa com particular que manifeste esta intenção, desde que exista legislação prevendo esta modalidade.

Por outro lado, embora exista corrente dissonante, conclui-se que o infrator, ao atender os requisitos legais para a formação do acordo, poderá exigí-lo, e inclusive pleiteá-lo em juízo caso lhe seja negado pelo Poder Público, isso porque trata-se de direito subjetivo não sujeito ao exercício de discricionariedade administrativa.

Diante da novidade do tema e da pouca aplicação prática, mister se faz continuar a investigação com a análise de casos concretos e da jurisprudência que se formará sobre o assunto, definindo limites para discricionariedade administrativa bem como delineando critérios objetivos dentro do possível para a atuação administrativa consensual visando coibir arbitrariedades, falta de isonomia e de segurança jurídica ao administrado.